

LUCIANO VIOLANTE

L'EVOLUZIONE DEL RUOLO GIUDIZIARIO

1. Il brocardo secondo cui il giudice dovrebbe essere “bocca della legge” risale al principio illuministico della separazione dei poteri. Nel corso della rivoluzione francese l'Assemblea nazionale, in omaggio a questo principio, e in odio ai meccanismi autoritari dell'*Ancien régime*, incentrati attorno al potere del Re e dei suoi giudici, emanò il 16 agosto 1790 un decreto rivoluzionario che all'articolo 21 stabiliva: “*Ils (i giudici) ne pourront point faire de règlements, mais ils s'adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle.*”

Un successivo decreto del 27 novembre dello stesso anno istituiva presso l'Assemblea Nazionale, cioè presso il potere legislativo e non presso l'ordine giudiziario, un *Tribunal de cassation* (la denominazione esatta era: *Tribunal de cassation auprès du corp législatif*), il cui compito era di assicurare il rispetto da parte dei giudici delle leggi adottate dal parlamento. Si cercava così di impedire, tra l'altro mediante il *référé législatif* – con il quale il giudice chiedeva al legislatore l'interpretazione autentica della legge da applicare al caso –, qualunque forma di interpretazione giurisprudenziale che andasse al di fuori della meccanica applicazione della legge¹. L'ispirazione della riforma fu resa chiara da una celebre frase di Robespierre: *Ce mot de “jurisprudence” doit être effacé de notre langue. Dans un Etat qui a une constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi.*²

L'illusoria pretesa nasceva dalle origini stesse della rivoluzione francese, che era diretta contro il sovrano e i suoi apparati, tra i quali rientrava a pieno titolo la magistratura, e che vedeva nell'Assemblea Nazionale e cioè nel potere legislativo la istituzione principe della rivoluzione. In questa ottica appare ragionevole la collocazione del *Tribunal de cassation* non presso l'ordine giudiziario ma presso il Parlamento.

La preoccupazione di una invasione di campo dei giudici nelle prerogative dei corpi politici hanno segnato tutta la dialettica dei secoli successivi tra il modello del giudice puro applicatore della legge e il modello del giudice che “adatta” la

¹ Il *référé* nasce con finalità opposte nel 1667 con un'ordinanza di Luigi XIV che impediva ai Parlamenti di interpretare le norme sancite da re.

² Seduta dell'Assemblea nazionale del 17 novembre 1790.

legge al caso concreto mediante una interpretazione caratterizzata da diversi livelli di creatività.

Superato il periodo rivoluzionario, quel brocardo non è stato più inteso letteralmente. Ha segnato piuttosto la necessità della soggezione del giudice alla legge come fondamento della sua legittimazione. Alla sua dissoluzione, come vedremo, hanno concorso in pari misura tanto la crisi della legge quanto le nuove domande che la società ha avanzato nei confronti dei giudici, ben al di là della pura applicazione della legge.

2. Nell'Ottocento e nei primi due terzi del Novecento, in linea di massima, ad ogni proposizione legislativa corrispondeva una regola chiara, conoscibile e applicabile e, conseguentemente, un'apprezzabile certezza del diritto. A questo risultato concorreva in misura rilevante l'autoritarismo di quei tempi, dei poteri pubblici nei confronti dei cittadini, del capo della famiglia nei confronti dei suoi componenti, degli insegnanti nei confronti degli allievi, del padrone della fabbrica nei confronti degli operai. L'autoritarismo preveniva o risolveva i possibili conflitti in modo informale e impediva la loro giurisdizionalizzazione. Il basso numero di diritti, la difficoltà di esercitarli, il peso dei rapporti di classe concorrevano a frenare i conflitti. La dipendenza formale e sostanziale delle Procure dal Ministro della Giustizia e dei giudici dai superiori gerarchici³ assicuravano la realizzazione di un modello di giudice che se non era "bocca della legge" era prevalentemente "bocca del governo". La subalternità della magistratura al potere politico protratta per circa un secolo entrò a far parte della cultura professionale dei magistrati. Per questa ragione l'affermazione della indipendenza della magistratura dal potere politico, che inizia con il decreto legislativo luogotenenziale Togliatti sulle guarentigie della magistratura, promulgato il 30 maggio 1946, due giorni prima del referendum tra monarchia e repubblica, e prosegue con la Costituzione repubblicana, non ebbe immediati effetti positivi.

Solo con questo radicamento culturale si può spiegare come mai Luigi Conti – giudice molto apprezzato, entrato in magistratura nel 1946 – redigendo nel 1960, per il dizionario enciclopedico UTET, la voce pubblico ministero, – potesse scrivere: "il pubblico ministero è il rappresentante del potere esecutivo presso l'Autorità giudiziaria [...] Quale rappresentante del potere esecutivo è vincolato a eseguire gli ordini dei superiori gerarchici"; così riproponendo tranquillamente, dodici anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione, la medesima definizione

³ L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino, Einaudi, 2009, p. 18 ss.

dell'ordinamento giudiziario del 1865⁴. Dal magistrato “bocca della legge” al “magistrato bocca del governo” al “magistrato bocca dei superiori”, la parabola è discendente.

3. A partire dalla fine degli anni Sessanta il panorama cambia radicalmente. La spinta del Sessantotto contro la società autoritaria mette in crisi gerarchie consolidate nel pubblico e nel privato, fa acquisire al mondo della scuola e al mondo della fabbrica la consapevolezza dei propri diritti, pone questioni di libertà, di attuazione della Costituzione, di separazione dei poteri. Quel movimento, inoltre, contesta l'asserita neutralità del diritto, della medicina, della psichiatria e di molte altre scienze ponendo in discussione canoni sino a quel momento indiscutibili.

In magistratura entrano per la prima volta magistrati nati attorno agli anni Quaranta e quindi educati interamente nell'Italia repubblicana. Questa generazione dialoga con le parti più progressiste della magistratura “anziana”, coglie immediatamente lo spirito del tempo e si impegna per l'indipendenza della magistratura non come rivendicazione corporativa (anche se i corporativismi non mancarono e servirono ad attirare i più restii) ma come attuazione del modello costituzionale. La contestazione della neutralità del diritto propria di quella fase, apre le porte ad una rivendicazione della magistratura che va oltre la pura e semplice indipendenza. La nuova Costituzione affida il controllo di costituzionalità delle leggi al magistrato che solleva l'eccezione e alla Corte costituzionale che decide. Il magistrato pertanto, prima che applicatore, diventa controllore della correttezza costituzionale delle leggi. Questa novità incide profondamente sul ruolo del magistrato e sui suoi rapporti con il potere politico che quelle leggi approva. Un'altra novità è costituita dalla seconda parte dell'art. 3 della Costituzione, che impegna la magistratura, potere della Repubblica, ad una interpretazione evolutiva delle leggi: “È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori alla organizzazione politica, economica e sociale del Paese”.

Le componenti più giovani della magistratura ordinaria si attivano quindi per chiedere alla Corte costituzionale la cancellazione delle leggi più retrive a partire dallo smantellamento dell'apparato repressivo del regime fascista. La riforma dei poteri di polizia e del sistema penale non si fa in Parlamento, ma nel palazzo della Consulta. L'interpretazione delle leggi alla luce dell'art. 3 trasforma la magistra-

⁴ P. BORGNA, *A proposito della Storia della magistratura italiana di Antonella Meniconi*, in www.questionegiustizia.it, n. 3/2015 (http://questionegiustizia.it/articolo/a-proposito-della-storia-della-magistratura-italiana-di-antonella-meniconi_02-12-2013.php).

tura, una volta portavoce delle classi dirigenti, nel destinatario delle istanze sociali che provengono dalle fasce più deboli della società.

4. In questa fase comincia il protagonismo della magistratura che proseguirà senza interruzioni e con impressionante crescendo sino ai giorni nostri. Vi concorre la legislazione degli anni Settanta, fortemente innovativa nel diritto del lavoro, nel diritto di famiglia e della persona, che apre grandi spazi alla discrezionalità del giudice⁵. Si pensi solo al concetto di condotta antisindacale o al problema dell'aborto della ragazza minorenni.

Altro fattore di crescita del ruolo della magistratura è costituito dal manifestarsi nello stesso decennio di fenomeni criminali di origine politica: terrorismo nero e rosso, tentativi di colpi di Stato, omicidi di mafia, primi gravi scandali politici con sfondo corruttivo (c.d., scandalo dei petroli e scandalo Italcasse). Su tutti questi fenomeni la magistratura, tra molteplici difficoltà, comincia a intervenire conquistando il consenso di una parte rilevante dell'opinione pubblica e dei mezzi di comunicazione.

Nasce il "processo inchiesta", caratterizzato da indagini relative a fenomeni di particolare rilevanza politica, che si espandono in tutta Italia, a macchia d'olio con pochi imputati, ma con molti testimoni, molte perquisizioni, molti vertici tra magistrati di diversi uffici e molto seguito di stampa. Queste inchieste fanno acquisire alla magistratura un ruolo sociale, perché rispondono a una domanda di verità che viene da una parte consistente della società, e che riguardano tragedie della intera nazione. Si tratta delle stragi, da piazza Fontana a tutte le altre, a sospetti di legami tra alcuni settori degli apparati di sicurezza e organizzazioni terroristiche, a progetti eversivi che sembrano avere come protagonisti personalità di primo piano, agli assassini di mafia. Vengono perciò inquisiti delicati settori dello Stato abituati alla impunità e sono chiamate in causa autorità di governo. Queste indagini trasformano la magistratura, soprattutto la magistratura inquirente in una sorta di laboratorio che "ha visto lo sviluppo di un progressivo spostamento nelle mani del potere giudiziario [...] delle strategie di politica criminale e delle conseguenti opzioni penalistiche". Il rilievo formulato e lucidamente sviluppato a proposito dell'antimafia può essere esteso a tutti i fenomeni indicati in questo paragrafo⁶. A fianco di questa magistratura, in genere pubblici ministeri e giudici istruttori, si forma una nuova categoria giornalistica, quella dei "pistaroli", così si chiamano tra loro; ogni giornale che si rispetti ha un giornalista che la-

⁵ Lo Statuto dei diritti dei lavoratori è del 1970; il processo del lavoro è del 1973; la riforma del diritto di famiglia è del 1975; la legge sulla interruzione volontaria della gravidanza è del 1978.

⁶ G. INSOLERA, *Guardando nel caleidoscopio, Antimafia, antipolitica, potere giudiziario*, in *Indice pen.*, 2015, p. 223 ss.

vora a ridosso delle indagini segue “piste”, e soprattutto segue i magistrati inquirenti e concorre alla creazione di una loro immagine pubblica. Il giudice protagonista sulla scena pubblica, produttore di un nuovo ordine sociale, più che sobrio interprete della legge, nasce in questi anni. Conseguentemente comincia a mutare la natura della legittimazione del magistrato, da garantistico-procedurale a socio-democratica⁷.

5. Nei decenni successivi altri fattori, alcuni di carattere tecnico e altri di carattere politico, contribuiscono a rafforzare questo ruolo creativo e di traino rispetto alla società civile e allo stesso mondo politico.

Sul piano puramente tecnico un ruolo fondamentale gioca l'incertezza della legge, frutto del crescente disordine delle fonti, dell'esaurimento del ruolo nomofilattico della Corte di cassazione, della cattiva qualità delle leggi, dell'intreccio crescente dei fattori nazionali con normativa e giurisprudenza europea. Acquista un peso oggettivo la giurisprudenza, *law in action* contrapposta alla *law in book*, in un sistema che non conosce e sembra rifiutare i vincoli del precedente.

Questa situazione determina due gravi effetti negativi, il primo riguarda i cittadini, il secondo riguarda i magistrati.

Al cittadino non è garantita la prevedibilità delle conseguenze giuridiche dei propri comportamenti. La tutela dei suoi diritti non dipende dalla legge, ma dalla interpretazione che della legge fa il magistrato ed è pertanto devoluta al caso. Rimando, per una casistica tanto utile quanto preoccupante, alla introduzione della seconda edizione del libro di Alberti Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale*⁸.

Le imprese parlano a questo proposito di *rischio regolatorio*, che avvicina il nostro Paese a quelli nei quali la tutela dei diritti è rimessa alla volontà o al capriccio del sovrano. La differenza è che, nel nostro caso, l'incertezza del diritto non dipende da un contesto intenzionalmente autoritario, ma da un contesto che diventa autoritario per il disordine legislativo e giurisprudenziale in un sistema nel quale il valore della certezza del diritto non è assunto come principio chiave dell'ordinamento.

Pertanto la applicazione della legge non è più il fondamento della legittimazione dei magistrati; diventa necessario individuare una nuova forma di legittimazione all'interno di una democrazia che, a sua volta, stenta a trovare una propria robusta legittimazione.

⁷ Così G. PRETEROSSÌ, *Ciò che resta della democrazia*, Bari-Roma, Laterza, 2015, p. 164.

⁸ A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2015.

Le democrazie occidentali, a differenza di molti regimi autoritari, penso a Russia e Cina, stanno vivendo tempi difficili perché, al fine di competere vittoriosamente con gli autoritarismi, devono promettere controlli sul proprio funzionamento. Ma proprio per questo sono più esposte alla critica con conseguente screditamento della efficacia dei principi democratici⁹.

La conferma viene da un sondaggio svolto in Francia pochi giorni prima della strage nell'XI *arrondissement*, che sembra confermare (non sappiamo se solo per i francesi) la difficoltà della democrazia: il 67% dei francesi riterrebbe opportuno che il governo politico venga sostituito da un governo di soli tecnici, mentre il 40% dei francesi sarebbe favorevole a un governo politico autoritario. Il quotidiano *La Repubblica* del 312 dicembre 2015 ha pubblicato un altro sondaggio in base al quale il 48% degli intervistati ritiene che la democrazia può funzionare senza partiti politici, contro il 45% secondo i quali senza partiti non può esserci democrazia.

6. Dalla stanchezza della democrazia alle difficoltà della politica il passo è breve. La politica è allo stesso tempo principio ordinatore e materia regolata. Rientra nei suoi poteri, anzi nella sua sovranità, definire i confini tra ordinamento politico e giurisdizione¹⁰. Nelle democrazie contemporanee ordinamento politico e ordinamento giuridico sono confinanti; ad ogni arretramento dell'uno corrisponde un avanzamento dell'altro. L'ordinamento giuridico è titolare delle regole per delimitare la forza del potere politico. L'ordinamento politico è titolare del potere di delimitare i confini del giuridico attraverso la determinazione delle fattispecie rilevanti per il diritto e delle regole di funzionamento. La determinazione delle linee di confine è un esercizio proprio della sovranità della politica. Quando la politica rinuncia ad esercitare questa sovranità, si verificano inevitabilmente commistioni di ruoli e sovrapposizioni di interventi che fanno passare il bastone del comando dalla politica alla tecnocrazia dei giuristi, privi di responsabilità politica. Nell'assenza di confini certi tra politica e giurisdizione il giudice va ben oltre la moderazione giurisdizionale del conflitto operandone invece una mediazione politica. Partendo da un recente interrogativo di Gustavo Zagrebelsky "In base a che cosa noi riconosciamo a corporazioni indipendenti il diritto di prendere decisioni collettive, che si riflettono cioè sull'insieme della cittadinanza?"¹¹, lo sta-

⁹ D.A.BELL, *The China Model*, Princeton University Press, Princeton (NJ), 2015, sostiene il primato del sistema meritocratico cinese e l'insufficienza della democrazia per il riconoscimento del merito dei cittadini.

¹⁰ B. DE GIOVANNI, *Elogio della sovranità politica*, Napoli, ESI, 2015, p. 203 ss.

¹¹ L. CANFORA-G. ZAGREBELSKY, *La maschera democratica dell'oligarchia*, dialogo a cura di G. Preterossi, Bari-Roma, Laterza, 2014, p. 104.

to delle cose impone di affrontare i problemi democratici posti oggi dall’esorbitanza del potere giurisdizionale e non solo quelli posti dalla debolezza del potere politico. Se i magistrati possono legittimamente assumere scelte che impegnano gli orizzonti politici della nazione, svolgendo così un compito squisitamente politico, con effetti più penetranti rispetto a quelli delle decisioni degli organi dotati di responsabilità politica, non sono diventati anch’essi un potere politico? “Bocca di se stessi”, potrebbe scrivere un disinibito commentatore.

La magistratura penale, inoltre, per la debolezza della politica, è diventata una sorta di esercito di riserva della politica stessa: sono magistrati provenienti dalle Procure della Repubblica il capo dell’autorità anticorruzione, l’assessore alla legalità del comune di Roma, dopo la scoperta delle corruzioni romane, il sindaco di Napoli, il Presidente della Regione Puglia. Il sindaco di Bari subodorando illeciti (il sospetto si è poi rilevato fondato) ha nominato un ex pubblico ministero come presidente della Fondazione Petruzzelli. Il M5S, dopo una vicenda che, secondo notizie di stampa, ha visto coinvolto una sua amministrazione comunale in vicende di camorra, ha annunciato che avrebbe chiesto alla DNA il controllo di tutti i suoi candidati nelle elezioni amministrative della primavera 2016. Apprendiamo dai quotidiani che anche il prefetto Tronca ha scelto a capo della sua segreteria tecnica un magistrato della Corte d’Appello di Milano: esercito di riserva anche dell’amministrazione?

7. Un aspetto tutt’altro che secondario della incapacità di regolazione della politica è dimostrato dalla degenerazione del conflitto politico in scontro permanente. La critica dello scontro permanente non ha nulla a che vedere con la negazione del conflitto politico. La possibilità del cambiamento è un carattere fondamentale della democrazia; è frutto della competitività tra parti politiche e cioè del conflitto. Un vivere democratico che rinuncia al conflitto si condanna alla decadenza.

Ma quale è la differenza fondamentale tra lo scontro e il conflitto, in politica? Bisogna riprendere una riflessione di Machiavelli sulla ragione della grandezza di Roma repubblicana. Quella grandezza risiedette proprio nell’*ordinamento del conflitto*, nella capacità di dare ordine, fissare regole e determinare limiti nella competizione tra parti politiche. Lo scontro, a differenza del conflitto, non conosce limiti, è senza regole, privo di rispetto per le persone e per le istituzioni.

Il conflitto è ordinato; ha regole e soprattutto ha limiti, non travolge tutto e tutti, rispetta luoghi, istituzioni, valori. Questa è la differenza di fondo tra le due situazioni. Il conflitto democratico quindi ha bisogno di attori politici maturi perché sicuri della propria identità, capaci di autolimitarsi, consapevoli della loro responsabilità nei confronti dell’unità nazionale.

Lo scontro invece è pura rissa; nello scontro l'allusione sostituisce la spiegazione, l'insulto sostituisce la critica, l'urlo retorico sostituisce l'argomentazione razionale. L'esibizione di simboli irridenti nelle aule parlamentari rappresenta il conflitto senza la capacità di risolverlo. La spettacolarizzazione scivola tristemente verso forme di carnevalizzazione, l'uso della irrisione o lo stravolgimento delle regole, senza un progetto strategico, esercizio di una sorta di luddismo parlamentare, a solo beneficio dello scandalismo di alcuni mezzi di comunicazione.

L'effetto è la paralisi del Parlamento come luogo di risoluzione delle tensioni sociali e quindi la implicita attribuzione alla magistratura del potere di mediare tra queste tensioni.

8. Di fronte a questa difficoltà del Parlamento (ma il problema non è solo italiano) il neocostituzionalismo sembra aver accantonato l'istanza del costituzionalismo classico, diretta alla partecipazione al potere politico come garanzia dell'esercizio dei diritti. Secondo questa corrente di pensiero, infatti, la garanzia dei diritti non sta più nell'unità politica e nella partecipazione alle istituzioni rappresentative; sta nelle giurisdizioni e nella loro assoluta indipendenza dal potere politico. La rappresentanza democratica lascia il campo ai tecnocrati del diritto: giuristocrazia invece della democrazia. Il nuovo costituzionalismo sottrae alla politica e attribuisce al giudice anche il potere di riconoscere nuovi diritti. Questa operazione è, con qualche superficialità, vista con favore perché ha l'immediato effetto di espandere la categoria dei diritti rivendicabili e quindi, si ritiene, della democrazia. Ma non sempre si tratta di un passo in avanti. Ogni nuovo diritto infatti produce un nuovo dovere a carico di altri consociati, restringe il margine di efficacia dei diritti preesistenti che entrano in un giudizio di bilanciamento affidato al giudice, pone in condizione di minorità gli spazi di libertà prima esercitati da altri soggetti. È evidente che questa posizione amplifica notevolmente lo statuto della magistratura come potere. Ma il costituzionalismo e la stessa magistratura non si sono ancora posti nelle forme adeguate il problema della definizione dei limiti e della responsabilità di questo potere. La magistratura diventa *potere-non potere*; *potere* per quanto riguarda le prerogative, *non potere* per quanto riguarda i limiti e le responsabilità proprie del potere nello stato democratico. In questo senso diventa "bocca di se stessa".

9. La *montée en puissance des juges*, l'espressione francese appare particolarmente icastica, è un fenomeno frequente nel mondo occidentale dove è designato con etichette diverse che rimandano tutte allo stesso contenuto: *juristocracy*, giurisdizionalizzazione della politica, politicizzazione delle giurisdizioni, società pe-

nalizzate o politica penalizzata¹². Anche l'Italia, come molti altri Paesi democratici, ha visto una forte crescita del potere dei giudici, ma con una differenza. Mentre altrove questo fenomeno non ha inciso sulle caratteristiche concrete della forma di governo, da noi, per effetto di alcune specificità, a volte drammatiche, il Giudiziario è diventato una componente decisiva del sistema di governo e, insieme, un polo di attrazione per una parte dello stesso mondo dei partiti, dei mezzi di comunicazione e della società civile.

Dal 1971 al 1992 sono stati uccisi dalla criminalità organizzata e dal terrorismo ben 24 magistrati, quasi tutti magistrati del pubblico ministero. In nessun paese civile la magistratura ha pagato un prezzo così alto. Alcuni di questi magistrati, Falcone, Borsellino, Livatino, Chinnici, sono diventati giustamente icone, non solo nazionali, della lotta contro la mafia e le stragi che li hanno colpiti hanno proiettato nella società una immagine eroica della intera magistratura.

È sempre la magistratura che, nei primi anni Novanta, mentre a Palermo sono uccisi Giovanni Falcone e Paolo Borsellino, individua e persegue la grande corruzione politica e amministrativa, da Milano in giù. Per effetto delle tragedie e dei successi professionali, le Procure della Repubblica, più visibili sui mezzi di comunicazione rispetto ai giudici, vengono circondate da un enorme consenso popolare.

Nella parte della magistratura meno avvertita dei limiti costituzionali delle proprie funzioni, e dei rischi che la stessa giurisdizione avrebbe corso con la sovraesposizione istituzionale, il clima di consenso dell'opinione pubblica e di annichilimento della politica generò l'idea di poter svolgere una funzione salvifica all'ombra del codice penale. A un rigoroso magistrato della Procura della Repubblica di Milano fu attribuita la frase: “Rivolteremo l'Italia come un calzino”, smentita dall'interessato, ma idonea a raffigurare il clima dell'epoca. Un grande magistrato come Francesco Saverio Borrelli, all'epoca procuratore della Repubblica a Milano nel pieno della stagione di Mani pulite (1993), segnalò il rischio che “i magistrati, specie i più giovani, possano sentirsi oggetto di una specie di

¹² Un breve elenco dei libri più significativi è sufficiente per cogliere il carattere generale del problema: L. FAVOREAU, *La politique saisie par le droit*, Paris, Economica, 1988; T. VALLINDER, *When the Courts go Marching*, in N.C. Tate-T. Vallinder (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press, 1995; M.J. MOSSMAN-G. OTIS (eds.), *The Judiciary as Third Branch of Government: Manifestations and Challenges to Legitimacy*, Montreal, Édition Thémis, 2000 (atti di un convegno in Canada); R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (Ma), Harvard University Press, 2004; ÖSTERREICHISCHE JURISTENKOMMISSION [Commissione giuristi austriaca], *Justizstaat. Chance or Risiko*, Wien, Linde Verlag, 2014. All'espressione “power of judges” sono riservati più di 100 titoli nella lista di *Amazon*, segno di un interesse globale al tema.

investitura popolare diretta, e quindi si muniscano di una spada fiammeggiante per cacciare i reprobì all'inferno".

10. Nella società comincia a farsi strada l'idea che il magistrato possa davvero sostituire il politico nel governo del Paese. I mezzi di comunicazione sfruttano il cattivo momento della politica e la popolarità delle inchieste, per farne argomento principe delle prime pagine e dei *talk show*. Attorno alla magistratura e alle sue indagini si aggrega, verso la metà degli anni Novanta, una domanda di legalità che si trasforma in domanda ai giudici di incidere sul sistema politico smascherando con gli strumenti del processo penale le malefatte, vere o presunte, delle classi dirigenti, soprattutto politiche. Questa domanda si radica in parte della società, parte dei mezzi di comunicazione e parte dello stesso mondo politico e trova un fondamento ulteriore nel fenomeno della delega alla magistratura delle scelte di politica criminale. In quella fase, infatti, la politica delega alla magistratura non le indagini sui corrotti, ma il compito politico della lotta alla corruzione. Così come negli anni Settanta e Ottanta, il mandato alla magistratura fu: "combattete il terrorismo" e non: "arrestate i terroristi"; "combattete la mafia", non: "individuare e condannare i mafiosi". Si afferma il fenomeno della supplenza della magistratura nei confronti della politica, fenomeno che porterà a vere e proprie forme di ingresso della magistratura nella forma di governo. Questa inedita attribuzione di funzioni latamente politiche trasforma il magistrato in "giudice di scopo", organo cui non è più affidata solo l'applicazione della legge, ma anche il conseguimento di una finalità generale, che sarebbe compito proprio della politica.

11. Due sostituti procuratori della Repubblica, il dott. Di Pietro e il dott. Ingroia, hanno lasciato la magistratura e hanno fondato due partiti politici, rispettivamente Italia dei Valori, nel 1998, e Rivoluzione Civile, nel 2013, entrambi ispirati al primato della denuncia, anche penale, nell'azione politica.

L'opinione pubblica e parte del mondo politico orientati da una informazione che oscilla tra spettacolo e criminalizzazione hanno trasformato le comunicazioni giudiziarie da strumenti di tutela in attestati di colpevolezza.

La cronaca giudiziaria è diventata progressivamente cronaca politica e viceversa. I mezzi di comunicazione riportano abitualmente intere pagine di intercettazioni telefoniche spesso influenti per le indagini, ma utili per screditare persone che dovrebbero essere considerate non colpevoli e per costruire una nuova figura della cronaca giudiziaria, il "coinvolto", in genere personalità nota, estranea ai profili criminali del processo, ma citata nel corso delle indagini. Il "coinvolto" di prestigio, anche se non indiziato né imputato, dà lustro al processo, conferma nei cittadini l'idea che il marcio per le intere classi dirigenti, favorisce l'uso politi-

co delle inchieste giudiziarie, rafforza quel sentimento che il Papa ha chiamato, nel discorso all’Associazione internazionale di diritto penale (23 ottobre 2014), populismo penale.

12. La magistratura ordinaria è quindi il potere che più si è più trasformato nei sessant’anni di vita repubblicana e, all’interno della magistratura ordinaria, il pubblico ministero è la figura che si è potenziata oltre ogni possibile previsione dell’Assemblea Costituente.

La convinzione di aver ricevuto una missione di pulizia morale del paese ha favorito uno slittamento nella cultura professionale dei magistrati, apparentemente solo semantico, ma in realtà di grande rilievo per gli equilibri costituzionali. Nella cultura di una parte assolutamente rilevante della magistratura il fondamento delle iniziative penali non è più soltanto l’applicazione delle singole leggi penali, o il perseguimento delle finalità di politica criminale cui si è innanzi accennato, ma il *controllo di legalità*, inteso non come ricostruzione della legalità violata ma come verifica che la legalità non sia stata per caso violata. Questa versione del controllo di legalità introduce elementi di carattere non giuridico e quindi estranei all’opera dei magistrati. La legalità non è solo la somma delle leggi esistenti; è anche l’insieme dei valori che stanno alla base delle leggi e della Costituzione; è la sintesi dei loro significati, che si alimentano per il continuo rimando tra teoria e pratica. Si tratta quindi di un concetto che appartiene anche all’etica pubblica, alla pubblica amministrazione e alle responsabilità della politica, e non solo al codice penale. Attribuire al magistrato il controllo di legalità, o l’autoattribuzione di tale controllo da parte dei magistrati stessi, significa trasferire al potere giudiziario un complesso di funzioni e di attività prevalentemente amministrative e politiche di amplissimo respiro, e con presupposti assai incerti. Il magistrato inquirente non ha il potere di controllare la legalità: questo è compito della polizia, della pubblica amministrazione e della politica. Suo compito è accertare la responsabilità.

In un saggio di qualche anno fa, di due autorevoli processualisti, si fa l’esempio di un pubblico ministero che, passando in automobile per una strada avverta odori sgradevoli, scorga fumi densi e ricordi di aver letto che proprio in quella zona c’è una diffusione anomala di rumori disturbanti¹³. In questi caso, sostengono i due Studiosi, il pubblico ministero dovrebbe attivarsi personalmente per la ricerca di “eventuali notizie di reato”. Ma la notizia di reato che consente al pubblico ministero di avviare indagini preliminari a norma degli artt. 330 ss.

¹³ F. RIGANO-V. GREVI, *I rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria*, in *Problemi attuali della giustizia penale*, a cura di A. Pace-S. Bartole-R. Romboli, Napoli, Jovene, 2010, p. 282.

c.p.p. può essere *eventuale*, o dev'essere certa? Se il compito principale dei magistrati fosse il controllo di legalità e non l'accertamento della responsabilità l'ipotesi dei due Studiosi sarebbe condivisibile.

Ma non è così.

L'ordinamento assegna al pubblico ministero incisivi poteri di intervento nei confronti di diritti fondamentali dei cittadini costituzionalmente protetti, la libertà personale, la segretezza della corrispondenza, la proprietà privata, in vista dell'interesse alla repressione dei reati. Ma questo specifico interesse non può essere confuso con quello più generale al buon andamento della vita della comunità nazionale, che va garantito e tutelato dalla politica e dalla pubblica amministrazione, non dalla giurisdizione. Solo un presupposto ben definito, la *effettiva*, e non *eventuale*, notizia di reato, può rendere legittimo l'esercizio di poteri restrittivi di libertà fondamentali. Non a caso la p.a., compresa la polizia di sicurezza, potendo effettuare i propri accertamenti anche in presenza di presupposti vaghi e indeterminati, ha poteri di intervento assai limitati nei confronti dei diritti fondamentali dei cittadini. L'art. 330 c.p.p. dovrebbe quindi essere interpretato alla luce del principio costituzionale della separazione dei poteri. Alla p.a. spetta indagare se le leggi siano state violate. Al pubblico ministero spetta, dopo aver acquisito la notizia affidabile che un reato è stato commesso, compiere le indagini necessarie per accertare se il reato sia stato effettivamente commesso e, in caso di risposta positiva, per individuarne i responsabili.

Il problema è stato chiarito non per la magistratura ordinaria, ma per la Corte dei Conti dall'art. 17 della legge 102/2009 che con riferimento all'azione per responsabilità esercitabile dalle Procure presso le sezioni regionali della Corte dei Conti, ha precisato che l'*azione è esercitabile dal pubblico ministero contabile, a fronte di una specifica e precisa notizia di danno*". Le caratteristiche richieste alla notizia di danno "specifica e precisa" valgono ad evitare che l'azione di controllo si svolga un modo generico e incontrollato. Se si è sentita l'esigenza di precisare i presupposti per la *notitia* relativa ai poteri della Procura presso la Corte dei Conti, a maggior ragione questa esigenza è presente per la magistratura ordinaria.

13. Nei primi decenni di vita della Repubblica hanno dominato alcune grandi etiche pubbliche, cattolica, comunista, repubblicana, liberale. Le diverse etiche avevano alcuni comuni denominatori: la dignità delle istituzioni, la necessità del dialogo tra avversari, l'opportunità del compromesso, la necessità di regolare il conflitto politico per salvaguardare l'efficienza e la credibilità delle istituzioni. Esse derivavano non solo dall'impianto teorico delle diverse culture civili, ma da una storia comune, fortemente intrecciata alla storia dell'Italia repubblicana. Questo *idem sentire* consentiva, pur nella tensione del conflitto politico, la co-

struzione di una rete di principi e consuetudini parlamentari che ruotavano attorno al concetto della dignità delle istituzioni della Repubblica, del loro carattere di bene della nazione, del dovere di ciascuna parte e di ciascun singolo di rispettarle e di farle rispettare. Non mancarono eccezioni, anche rilevanti, a questi principi. Ma si trattava appunto di eccezioni, che, proprio per il loro carattere derogatorio, indirettamente confermavano il primato dei principi etici che regolavano la sfera pubblica. Questi principi nascevano dalla proiezione nella sfera pubblica della vitalità dei partiti, dalla loro legittimazione, dalle idee, dagli impegni e dalle narrazioni che caratterizzavano ciascuno di essi. Erano formazioni della società costituite da comunità politiche sapienti che affrontavano i problemi nazionali e a volte anche internazionali, discutevano con metodo razionale le scelte di governo, costruivano ponti con il sistema delle istituzioni politiche. In questa fase era ancora chiaro il discrimine tra l'eticamente riprovevole e il penalmente rilevante.

A partire dalla fine degli anni Settanta, dopo l'assassinio di Aldo Moro (1978), i partiti cominciano a rattrappirsi. Si allontanano progressivamente dalla società, dove maturano movimenti come l'ambientalismo, il femminismo, il terrorismo, estranei alla loro tradizione e che essi non capiscono. E si insediano nel sistema pubblico. I partiti, da espressione delle società, diventano espressione del sistema pubblico: si avvia la statalizzazione dei partiti politici. La legge elettorale Calderoli, che sostituisce la scelta dei cittadini con la cooptazione da parte dei gruppi dirigenti di ciascun partito, ha costituito il punto di massimo allontanamento dei partiti dalla società e di loro massima statalizzazione.

Alla statalizzazione si è accompagnata la personalizzazione dei partiti politici perché la statalizzazione segna la fine del partito come comunità politica e il trionfo del partito come aggregazione di persone attorno a un leader; se si preferisce, si è passati dal partito comunità al partito piedistallo. Questo tipo di partito non è in grado di rispondere alle domande proprie dell'etica pubblica sul buono e sul giusto, sul degno e sull'indegno, sui fini e sui doveri. L'etica infatti non può esaurirsi nella volontà di un singolo chiunque esso sia; ha un senso se è il patrimonio di valori che identifica una comunità alla quale il singolo accede con la propria storia e portando il contributo dei propri valori che vanno mediati con quelli di coloro che della comunità fanno parte.

14. Appannata l'etica politica, il complesso di valori idonei a costituire parametri per dare giudizi di ammissibilità o inammissibilità, di liceità o offensività dei comportamenti politici è rimasto quello desumibile dal codice penale, l'unico complesso di regole frutto di giudizi di valore e capace di produrre l'agognata punizione.

L'inchiesta penale, le conferenze stampa che ne conseguono, il pilotaggio delle cosiddette fughe di notizie, il rito del pubblico dibattimento, l'abuso di motivazione con giudizi morali sui protagonisti del processo, ma a volte anche nei confronti di soggetti estranei, sembrano rispettare doverosamente le regole della spettacolarizzazione e del moralismo privo eticità, proprie della nostra epoca.

Il codice penale ha finito con il diventare oggi la Magna Charta della politica.

E infatti al codice penale ricorrono i partiti anche per attribuire alla magistratura funzioni che invece dovrebbero essere loro proprie. Ne fanno fede quelle disposizioni di legge relative alla incandidabilità di chi abbia ricevuto alcuni tipi di condanne penali; nessuno vietava ieri o potrebbe vietare oggi a un partito di candidare chi è ritenuto indegno di presentarsi alle elezioni per "rappresentare la nazione senza vincolo di mandato". Eppure, tutti i partiti nella legislatura in corso hanno concordato sulla necessità di una norma impeditiva della candidatura che si fondasse proprio sulle condanne penali di modo che chi apparisse senza carichi penali potesse essere considerato di per sé degno di chiedere, e ottenere, il consenso dei cittadini. È, allo stato, l'ultima forma di supplenza che la politica ha chiesto alla magistratura.

Nella recente legge sulla corruzione, inoltre, non c'è una sola norma diretta alla prevenzione del delitto, ma abbondano le misure di carattere penale. Questo primato del penale come terreno del risanamento sociale, proposto dalla politica, ha scatenato una sorta di inseguimento della sanzione più severa, del trattamento penale più rigoroso, della norma incriminatrice più indeterminata al fine di aumentare le possibilità dell'intervento penale. Il cittadino comune, stimolato da queste tendenze, pensa a sua volta che invocare più pena costituisca la soluzione e tende a valutare il comportamento dei politici sulla base della loro volontà di penalizzazione. Il mondo politico sembra aver trovato nel diritto penale non un'*ultima ratio*, ma una facile terreno di (apparente) soluzione di alcuni problemi del Paese, non costoso, legittimante e rispondente alle domande che vengono dai cittadini.

Esemplare è il rinvio da parte del governo della cancellazione dell'inutile reato di immigrazione clandestina (punito con la sola multa, che peraltro nessuno potrà riscuotere) per sottrarsi alle critiche di debolezza nei confronti di quel fenomeno. Si è ceduto alla preoccupazione di perdere consenso e si è rinunciato all'esercizio di un dovere fondamentale per una classe dirigente: dire la verità e spiegare che quella incriminazione non serve allo scopo e danneggia il sistema giudiziario.

15. Per effetto di tutti questi fattori comincia a trovare un proprio spazio tra la società civile e la società politica una società di mezzo, che possiamo chiamare *società giudiziaria*. Questa società si avvale di criteri di valutazione e di me-

todi di confronto basati essenzialmente sulla centralità del diritto penale nella vita economica, sociale e politica della nazione; conseguentemente ha come decisivo punto di riferimento la magistratura ordinaria, in particolare quella parte rappresentata dalle Procure della Repubblica. Della società giudiziaria fanno parte cittadini comuni, mezzi di comunicazione, forze sociali, parlamentari e interi partiti. Essa attinge tanto dalla società civile quanto dalla società politica, ma si presenta solo come rappresentante della società civile, disdegnando qualunque relazione con la società politica, anche se alcune sue componenti ne fanno parte a pieno titolo. La società giudiziaria non chiede il processo, chiede la punizione di chi considera colpevole perché imputato, non condannato, per qualsiasi tipo di reato, oppure perché appartenente a quelle classi dirigenti ritenute responsabili del malfare o titolari di privilegi ingiustificabili. Ciò che punisce risana, sembra ritenere la società giudiziaria. Viene inevitabilmente alla memoria una strofa di Eustache Deschampes (1346-1406), poeta francese che visse nel medioevo: *Larrons a Dieu, qui faingnez divers maux/Trainez soyez a queues de chevaux/Et puis apres panduz a un gibet!/Advisez y, baillis et senechaux/prenez, pandez, et ce sera bien fait*¹⁴.

16. Tutte queste trasformazioni hanno inciso in misura sempre più profonda sul ruolo del magistrato, soprattutto sul ruolo del magistrato penale, che costituisce oggetto specifico di questo convegno, e all'interno di questa categoria soprattutto del pubblico ministero. Sarebbe sbagliato però ignorare gli effetti dei cambiamenti di ruolo del pubblico ministero anche sul magistrato giudicante, non solo il g.i.p. e il g.u.p., ma anche nei confronti del tribunale. Costoro infatti giudicano sulla base delle documentazioni presentate dai pubblici ministeri e soprattutto operano nel clima complessivo che li pretende ricettori delle domande della società giudiziaria e vendicatori delle ingiustizie, vere o presunte, subite dai cittadini ad opera del “nemico”, la casta, l'immigrato, lo zingaro, con una pericolosa retrocessione verso il tipo di autore. Il magistrato pertanto è andato ben oltre l'antico modello “bocca della legge” che pur non avendo mai avuto effettiva attuazione, come dimostra lo stesso titolo di questo convegno, ha costituito comunque un punto di riferimento ideale per molti decenni. Con l'avvento della Corte costituzionale è diventato, attraverso l'eccezione di costituzionalità, giudice della legge. Con gli interventi in materia di terrorismo, mafia e corruzione, e dopo gli omicidi commessi da terroristi e mafiosi, ha assunto un ruolo eroico, sem-

¹⁴ “Ladri contro Dio che commettete diversi peccati/Siate trascinati legati alle code di cavalli/ E dopo appesi ad una forca/ Siano avvertiti i baglivi e i siniscalchi/Prendeteli, impiccateli e tutto sarà ben fatto”. È chiaro l'intento irridente nei confronti dei poteri dei baglivi e dei siniscalchi.

pre più interno alla società e sempre più esterno allo Stato. L'intreccio confuso di norme e di interpretazioni lo ha sciolto dai vincoli che legano invece i colleghi di molti altri Paesi, la legge e il precedente, con il risultato di operare come vero e proprio costruttore di regole. Nel caso Stamina, ad esempio, molti uffici giudiziari hanno riconosciuto quel trattamento, a spese del Servizio Sanitario Nazionale, a chi non ne aveva il diritto, contro una legge chiarissima che lo ammetteva solo per chi avesse già iniziato il trattamento¹⁵. L'evidente abuso non ha sollevato alcuna reazione, segno che il sistema politico e l'opinione pubblica sembra abbiano accettato questo ruolo paralegislativo del magistrato. Basti ricordare che se lo stesso abuso fosse stato commesso da un assessore regionale alla sanità, sarebbero scattati immediati interventi della Corte dei Conti e probabilmente di qualche Procura della Repubblica.

Il configurarsi della società giudiziaria, ha attratto il magistrato in quell'orbita, come componente ma anche come portavoce autorevole e capace di rispondere alla domanda sociale di legalità e di onestà. In tale contesto la sua legittimazione sostanziale sta proprio nel garantire gli interessi che questa parte della società ritiene meritevoli di tutela.

17. Si è soliti attribuire alla magistratura la responsabilità dello stato delle cose. In realtà questa interpretazione ha il difetto di ignorare la natura del problema italiano.

Le condizioni di disagio economico e la difficoltà di nutrire fiducia nel futuro hanno dato corpo in larghe fasce sociali a un diffuso rancore che individua il principale capro espiatorio nel settore pubblico e, all'interno di questo, nel mondo politico, in chi ha responsabilità politiche.

Ne deriva il consolidarsi di una opinione per la quale le cose andrebbero bene se non ci fossero i politici o i burocrati. La loro punizione assume una funzione vendicativa e confirmatoria della tesi di fondo. Nelle interpretazioni prevalenti la sanzione penale riveste una funzione risanatoria, perché l'espulsione dal sistema pubblico di chi è indicato come responsabile avrebbe l'effetto miracoloso di cancellare le disfunzioni. Se poi le disfunzioni permangono è segno non che la cura era sbagliata ma che non si è punito abbastanza e quindi che bisogna rendere le pene più pesanti, i controlli più penetranti, i commissariamenti più diffusi.

Le radici di questa trasformazione stanno nel diverso atteggiamento della società e dei mezzi di comunicazione nei confronti dell'idea stessa di governo.

Nel secolo scorso era prevalente l'idea che le società dovessero essere governate dalla politica e ci si batteva perché gli indirizzi della politica corrispondessero

¹⁵ Sulla vicenda v. L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Torino, Einaudi, 2014, p. 52 ss.

agli indirizzi del partito cui si apparteneva o del quale si era elettori, oppure agli interessi della propria categoria sindacalizzata, impiegati, artigiani, operai, imprenditori, insegnanti etc. Questa tendenza comportava un giudizio non negativo sulla politica nel suo complesso, rinvigoriva la conflittualità sulle grandi linee di indirizzo politico e la partecipazione dei cittadini.

Nel secolo in cui viviamo sembra che le società abbiano perso l'idea che debbano essere governate dalla politica, anche perché la politica (a differenza dal secolo scorso) sembra aver rinunciato all'idea che la sua funzione sia quella di dirigere, e assunto l'idea per la quale la società dev'essere assecondata. Il governo avrebbe la funzione di assecondare le spinte sociali evidenti, quelle che emergono dai sondaggi di opinione, dai dibattiti televisivi, dai *social network*.

18. Nessuno dispone di previsioni certe per il futuro. Ma le alternative sono semplici. O assumerà forza una direzione politica autoritaria che tenterà di ricondurre la magistratura ad una posizione sostanzialmente subalterna rispetto al potere politico oppure la magistratura amplierà progressivamente sempre di più i propri spazi di azione fino a porsi come vero e proprio organo di governo.

Una terza alternativa può essere costituita da un processo di autoriforma avviato responsabilmente dalla stessa magistratura, senza farsi condizionare dalle luci del moralismo giuridico e da quelle, non meno abbaglianti, della spettacolarizzazione mediatica.